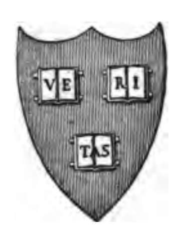


Deus

[illegible]

Dissertation

1896


VE
RI
TAS



Die

Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

VON

PAUL DEUS,
KAMMERGERICHTS-REFERENDAR.

BERLIN.
DRUCK VON M. DRIESNER, KLOSTERSTR. 50.
1896.

Seiner lieben Mutter

in Liebe und Dankbarkeit

zum 70. Geburtstage.

Der Verfasser.

§ 1.
Kritik des Titels.

Die §§ 339—345 des B.G.B., welche das Schuldverhältnis behandeln, welches dadurch entsteht, dass der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeiten nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen hat, stehen in dem Titel „Draufgabe, Vertragsstrafe"*). Demzufolge wird denn auch in den einzelnen §§ 339—345 jene Leistung stets als Strafe bezeichnet. Hat denn aber die Vertragsstrafe des B.G.B. die Natur einer Strafe, d.h. kann sie in den wesentlichsten Punkten mit der öffentlichen Strafe verglichen werden, abgesehen natürlich von dem Unterschiede, der sich aus den Begriffen öffentlich und vertragsmässig ergiebt?

Um letzteres festzustellen, müssen wir uns zunächst die Voraussetzungen der öffentlichen Strafe und deren eigentlichen Zweck vergegenwärtigen und der Vertragsstrafe gegenüberstellen.

Hinsichtlich des ersten Punktes ist bekanntlich ein Verschulden zur Verwirkung der öffentlichen Strafe stets erforderlich, nach dem B.G.B. ist dies aber bei der Vertragsstrafe, wie wir in § 8 sehen werden, nicht immer der Fall. Ferner, die öffentliche Strafe ist bekanntlich ein Übel, ein Nachteil, die Entziehung eines Rechtsgutes, neben der für den Verletzenden, falls er durch die Verletzung der Norm (im Binding'schen Sinne) einen vermögenswerten Schaden angerichtet hat, die Schadensersatzpflicht bestehen bleibt. Wie steht es aber in dieser Hinsicht mit der Vertragsstrafe des B.G.B.? Die §§ 340 und 341 Abs. 1 bestimmen, dass der Verletzte bei Verletzung der Norm niemals ausser der Strafe auch noch das ganze Interesse verlangen, dass er vielmehr nach empfangener Strafleistung nur noch den „weiteren Schaden" geltend machen kann.

Schon daraus ergiebt sich negativ, dass die Vertragsstrafe des B.G.B. nicht die Natur einer Strafe hat, positiv aber, dass

---

*) Die Bezeichnung „Vertragsstrafe" als terminologische an Stelle der bisher gebräuchlichen Bezeichnung „Konventionalstrafe" ist durch den 2. Entwurf des B.G.B. in dasselbe eingeführt worden; desselben Ausdrucks bedient sich schon K.O. § 55 No. 2.

die Vertragsstrafe sich als das zu Gunsten des Verletzten taxierte Interesse an der Erfüllung darstellt. Näheres darüber in den §§ 9—11.

Sjögren a.a.O. S. 11 ist gewiss Recht zu geben, dass die römische Vertragsstrafe die Natur einer Strafe gehabt hat und eine „abgeschwächte Variante" der öffentlichen Strafe gewesen ist. Sollte nun die Bezeichnung Vertragsstrafe nur eine historische Berechtigung haben? Sollte sie nicht auch aus inneren Gründen ihren Namen verdienen?

Wendt a.a.O. S. 402 und Neuenfeldt a.a.O. S. 61 gehen bei Verneinung dieser Frage u.E. von einem falschen Gesichtspunkte aus. Sie vergleichen nämlich ausschliesslich verwirkte Vertragsstrafe mit der verwirkten öffentlichen Strafe und kommen dadurch zu dem Ergebnis, dass nur diejenige Vertragsstrafe den Namen einer Strafe verdiene, welche ausschliesslich als Sühne für die Verletzung der Norm, abgesehen von dem Schadensersatze, gehandhabt werde.

Von einem anderen Standpunkte aus muss man aber u.E. die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute suchen. Man muss die Vereinbarung der Vertragsstrafe dem Strafgesetz gegenüberstellen. Dann ergiebt sich auch eine wesentliche Ähnlichkeit; denn wie das Strafgesetz ein Mittel dazu ist, dass der Einzelne angehalten und mehr oder weniger gezwungen wird, die Norm zu erfüllen, so ist auch die Vereinbarung des Interesses vor Verletzung der Norm geeignet, auf den, zu dessen Ungunsten ihre Festsetzung erfolgt ist, einen Druck auszuüben, zumal der Verletzende nach § 340 B.G.B. gezwungen ist, die vereinbarte Strafleistung zu entrichten, ohne dass der Gläubiger einen Schaden nachzuweisen braucht. Die Vertragsstrafe des B.G.B. hat daher einen Doppelcharakter: 1. den des taxierten Interesses, 2. ein Zwangsmittel gegen den Schuldner zu sein.

Letztere Eigenschaft tritt in noch erhöhterem Masse bei der Vertragsstrafe hervor, welche einer Verbindlichkeit hinzugefügt ist, bei der es sich nicht um ein Vermögensinteresse handelt. Zwar lässt das bürgerliche Gesetzbuch im § 241 solche Obligationen zu, es gewährt für sie aber nur einen zweifelhaften Schutz, denn § 253 B.G.B. gewährt in der Regel nur für Vermögensschaden das Recht auf Geldentschädigung. In diesen Fällen ist also die Vertragsstrafe das einzig wirk-

same Rechtsmittel des bürgerlichen Gesetzbuches, um den Schuldner zur Erfüllung einer Leistung anzuspornen, indem er durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe erst wirklich gezwungen wird, der Norm nachzukommen. Obgleich also in diesem Falle der Gläubiger die Hauptleistung sowohl, als auch den Schadensersatz nur auf einem Umwege erreicht, liegt darum doch nicht eine wirkliche Strafe vor. Denn indem das Gesetz wegen immateriellen Schadens keine Klage zulässt und den Gläubiger auf das Mittel der Vertragsstrafe verweist, aber eine Klage auf die Hauptverbindlichkeit zulässt, erklärt es sich nur ohnmächtig, immateriellen Schaden in Geld abzuschätzen. Erst wenn das Gesetz auch für die Hauptverbindlichkeit keine Klage zuliesse, trotzdem aber der Vertragsstrafe rechtliche Wirkung verleihen würde, könnte von einer Strafe die Rede sein. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist aber Voraussetzung der Giltigkeit der Vertragsstrafe Giltigkeit der Hauptverbindlichkeit, wie wir in § 4 sehen werden.

Hartmann a.a.O. Bd. 73 S. 380 behauptet, dass die Parteien mit der Vereinbarung der Vertragsstrafe ein Surrogat der wirklichen Strafe schaffen wollen, soweit sie es eben vermögen. Abgesehen davon, dass dies wohl durchaus nicht immer der Fall ist, ist die Erörterung über diese Frage u. E. belanglos, da doch auch nach Hartmann a. a. O. S. 381 im § 340 B.G.B. ein ius cogens zu erblicken ist, so dass die Vereinbarung unwirksam ist, dass neben der Strafe das volle Interesse, also z. B. Hauptleistung plus Verzugsinteresse plus Strafe geschuldet werden solle. Dies erklärt sich daraus, weil das Gesetz nun einmal in der Vertragsstrafe das zu Gunsten des Gläubigers taxierte Interesse sieht und das Recht zu strafen nicht der Parteidisposition überlässt.

§ 2.

Arten der Vertragsstrafe.

Im bisherigen gemeinen Recht herrscht Streit darüber, ob eine sogenannte Hauptobligation bereits bestehen muss, zu deren Verstärkung die Vertragsstrafe hinzugefügt wird, oder ob es auch eine selbständige Vertragsstrafe giebt, d. h. ob eine Vertragsstrafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens festgesetzt werden kann, auch wenn zu dem Unterlassen oder Thun eine Verbindlichkeit nicht besteht.

Windscheid a. o. O. Bd. II S. 285 z. B. lehrt:

Die Konventionalstrafe ist eine Strafe, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht;

und im § 286:

Ein Versprechen, durch welches sich jemand einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Thun oder Unterlassen selbst zu versprechen, ist kein Strafversprechen mehr und muss lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurteilt werden.

Savigny a.a.O. Bd. II S. 80 dagegen erklärt:

Konventionalstrafe heisst ein bedingtes Versprechen, etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zu Grunde liegt, auf das Gegenteil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken.

Letzterer hält also eine Hauptobligation für nicht erforderlich und erachtet schon dann eine Vertragsstrafe für vorliegend, wenn jemand eine Leistung verspricht für den Fall, dass er etwas thut oder unterlässt, ohne letzteres selbst jedoch zu versprechen; nur muss nach ihm die bedingt versprochene Leistung in der Absicht vereinbart worden sein, um den Stipulator zu dem „Gegenteil der ausgedrückten Bedingung zu zwingen."

Seeler a.o.O. S. 7—10 wiederum schliesst sich in Bezug auf das römische Recht der Windscheidschen Auffassung an; in Bezug auf das bisherige gemeine Recht aber weder der Savignyschen noch der Windscheidschen Ansicht. Nach seinen Ausführungen soll nämlich die selbständige (einfache) Vertragsstrafe nach römischem Recht nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen zu behandeln sein, nicht aber nach gemeinem Recht. Denn heute sei die Interpretation der Verträge eine freiere geworden; wenn daher der moderne Richter die Überzeugung gewänne, dass die Parteien durch den Abschluss eines bedingten Vertrages das Gegenteil der in die Bedingung gesetzten Leistung erreichen wollten, so würde er „anerkennen", dass die Parteien einen Vertrag auf das Gegenteil der gestellten Bedingung stillschweigend geschlossen; der moderne Richter würde also auch bei dem selbständigen (einfachen) Strafvertrage neben der Pönalstipulation noch eine sogenannte Hauptverbindlichkeit anerkennen. Demnach wäre nach Seeler eine selbständige Ver-

tragsstrafe heute undenkbar; denn wenn äusserlich auch eine selbständige Vertragsstrafe vorläge, so wäre daraus eine accessorische Vertragsstrafe zu interpretieren. Diese Interpretation dürfte aber doch etwas zu frei sein; man mag ja in dem Falle der selbständigen Vertragsstrafe, ich möchte sagen, eine moralische Verpflichtung des Stipulators erblicken, das Gegenteil der in die Bedingung gesetzten Leistung zu thun; eine rechtliche Verpflichtung dazu liegt aber nicht vor.

Welchen Standpunkt nimmt nun das bürgerliche Gesetzbuch zu dieser Frage ein?

Der 1. Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches enthielt unbestritten nur die accessorische Vertraggsstrafe, und in den Motiven zu demselben heisst es zu § 424:

> Die materiell accessorische Natur der Konventionalstrafe tritt darin hervor, dass sie eine giltige Hauptverbindlichkeit voraussetzt.

In der Kritik des 1. Entwurfes wurde nun namentlich von Hartmann a.a.O. Bd. 73 S. 375—378 die Einführung der selbstständigen Vertragsstrafe verlangt. Er behauptet nämlich, trotz der breiten Basis, auf der der § 241 B.G.B. (§ 206 des ersten Entwurfs) mit seiner Auflassung stände, dass ein Vermögensinteresse auf Seiten des Gläubigers zum Wesen der Obligation nicht gehöre, gäbe es doch viele Arten des Thuns oder Unterlassens, welche den Inhalt einer Obligation nicht bilden könnten; diese müssten daher durch eine selbständige Vertragsstrafe wenigstens zu schützen sein.

Seit dem 2. Entwurf nun, welcher das richterliche Ermässigungsrecht eingeführt hat, heisst es im § 343 Abs. 2 B.G.B.:

> Das Gleiche (nämlich das Ermässigungsrecht) gilt auch ausser den Fällen der §§ 339 u. 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

Ist hierdurch die selbständige Vertragsstrafe eingeführt? Jecklin a.o.O. Bd. 38 S. 141 bejaht diese Frage, u. E. mit Unrecht. Denn die Stelle sagt doch nicht, dass sämtliche Vorschriften der Vertragsstrafe, sondern nur, dass das Ermässigungsrecht gelten soll, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt. Das Ermässigungsrecht soll also auch in diesem Fall eintreten, wenn

die bedingt versprochene Leistung unverhältnismässig hoch ist, im übrigen aber bleibt es bei den Grundsätzen von den bedingten Verträgen. Die hier vertretene Ansicht wird unterstützt durch die Ausführungen der Denkschrift zum B.G.B. zu § 343 Abs. 2 S. 51, welche uns zugleich Aufklärung giebt, warum jene Bestimmung überhaupt aufgenommen worden ist:

> Da Voraussetzung der Vertragsstrafe im Sinne des Entwurfs das Bestehen einer anderweitigen Verbindlichkeit ist, deren Erfüllung gesichert werden soll, so hat der Entwurf, um eine Umgehung der Vorschriften über die Ermässigung der Strafe entgegenzutreten, im § 343 Abs. 2 B.G.B. (337 Abs. 2) noch die Bestimmung aufgenommen, dass jene Vorschriften auch Anwendung finden, wenn jemand ohne Rücksicht auf eine bestehende Verbindlichkeit eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

U. E. kennt also das B.G.B. nur die accessorische Vertragsstrafe.

§ 3.
Die Hauptobligation.

Eingangs des vorigen Paragraphen wiesen wir darauf hin, dass es im bisherigen gemeinen Recht streitig ist, ob Voraussetzung der Vertragsstrafe das Bestehen einer sogenannten Hauptobligation ist. Unter denen, welche dieses annehmen (cf. statt aller Seeler a.a.O. S. 10 ff.) herrscht nun wieder Uneinigkeit darüber, ob die Vertragsstrafe nur zur Verstärkung eines (Haupt-) Vertrages oder auch einer Delikts- oder gesetzlichen Obligation diene. Diesem Streit macht das bürgerliche Gesetzbuch ein Ende, indem es im § 339 erklärt:

> Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

Denn der Ausdruck Verbindlichkeit ist doch nur die deutsche Übersetzung von obligatio; dieser Ausdruck umfasst aber die vertragsmässigen, gesetzlichen und Deliktsobligationen. Dass hier aber unter Verbindlichkeit auch die gesetzlichen und De-

liktsobligationen zu verstehen sind, darin darf uns nicht irre machen § 344 B.G.B.:

> Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

Denn an dieser Stelle, wo der Gesetzgeber die Folgen der Unwirksamkeit der Hauptobligation in Bezug auf die Vertragsstrafe nur behandelt, wäre es überflüssig, von den gesetzlichen und Deliktsobligationen zu reden, da sie ja nicht unwirksam sein können, weil sie auf Gesetz beruhen. Jeder Zweifel aber, der etwa noch bestehen könnte, wird gehoben durch die Motive zu § 339 (420 des Entwurfs) des bürgerlichen Gesetzbuches:

> Eine Konventionalstrafe kann . . . . nicht blos, wenn das Forderungsrecht ein vertragsmässiges ist, vereinbart werden. Es ist kein Grund ersichtlich, eine solche Vereinbarung nur in Beziehung auf vertragsmässige Verbindlichkeiten zuzulassen.

§ 4.
Der Hauptvertrag im Speziellen.

Wir kommen nun zu der Frage, wie, wenn die Hauptververbindlichkeit auf einem Vertrag beruht, dieser beschaffen sein muss. Hier ist zunächst hervorzuheben, dass dingliche Verträge nie das Fundament einer Vertragsstrafe sein können, da sie absolutes Recht und keine Schuldverhältnisse erzeugen; der § 344 B.G.B. spricht daher auch nicht im allgemeinen von einem Vertrage, sondern von dem Versprechen einer Leistung, also nur von dem obligatorischen Vertrage.

Im bisherigen gemeinen Recht ist es eine bestrittene Frage, ob Voraussetzung für die Giltigkeit der Vertragsstrafe die Giltigkeit des Hauptvertrages ist.

§ 344 B.G.B. bestimmt:

> Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

Um festzustellen, was unter unwirksam zu verstehen ist, ist es nötig, zu untersuchen, welche Einteilung der Rechtsgeschäfte in Bezug auf die von den Parteien gewollten rechtlichen Wirkungen des B.G.B. trifft. Da sind zunächst zu unterscheiden:

I. wirksame oder giltige Rechtsgeschäfte; diese haben, wie sich aus dem Worte ergiebt, die rechtlichen Wirkungen, die sie nach dem Willen der Abschliessenden haben sollen.

II. unwirksame Rechtsgeschäfte, d. h. solche, welche die gewollten rechtlichen Wirkungen nicht haben. Diese zerfallen in:

1. nichtige Rechtsgeschäfte, z.B. wegen Formmangels (§ 125), ferner solche, die gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten verstossen (§ 138), oder Verträge, welche auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind (§ 306 B.G.B.). Den Begriff der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts bestimmt zwar das bürgerliche Gesetzbuch nicht; § 108 des 1. Entwurfs aber lautet:

> Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre.

Dieser § ist nun in der 2. Lesung als entbehrlich gestrichen worden, weil der Begriff des nichtigen Rechtsgeschäfts in der Wissenschaft feststehe (cf. Reetz a.a.O. Bd. I S. 50). Nach ihr ist aber bekanntlich ein nichtiges Rechtsgeschäft ein solches, welches die beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht hat, auch wenn die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen: ein Rechtsgeschäft also, welches betreffs der beabsichtigten Wirkung so angesehen wird, als ob es überhaupt nicht vorgenommen wäre.

2. anfechtbare Rechtsgeschäfte z. B. wegen Irrtums (§ 119 B.G.B.) oder wegen Täuschung oder Drohung (§ 123 B.G.B.) sie sind an und für sich wirksam, werden aber unwirksam d.h. ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen in Folge der Anfechtung; denn in diesem Falle werden sie den nichtigen Rechtsgeschäften gleichgestellt, wie sich aus § 142 B.G.B. ergiebt:

> Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.
>
> Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, als wenn er die Richtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.

3. unwirksame Rechtsgeschäfte im engeren Sinne z. B. §§ 762, 763, 764 B.G.B. (Spiel, Wette, Lotterie) und 1297 B.G.B. (Verlöbnis); auch hier handelt es sich um Rechtsgeschäfte, welche ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen sind; sie erzeugen nämlich kein Klagrecht; sie sind aber nicht nichtig, denn das auf Grund des Vertrages einmal Geleistete kann z.B. bei Spiel und Wette nicht zurückgefordert werden.

Unwirksame Verträge sind also nicht nur die nichtigen, sondern auch die anfechtbaren im Falle der Anfechtung und die unwirksamen im engeren Sinne. Besonders hervorgehoben wird letzteres im § 1297 B.G.B., welcher bestimmt, dass aus einem Verlöbnis, das doch kein nichtiges Rechtsgeschäft ist, auf Eingehung der Ehe nicht geklagt werden könne, und hinzugefügt, dass das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Eingehung der Ehe unterbleibe, nichtig sei.

Die Folge der Unwirksamkeit des Hauptversprechens ist nun auch nach dem cit. § 344 B.G.B., dass auch der Strafvertrag kein Klagrecht erzeugt, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Parteien die Unwirksamkeit des Hauptversprechens gekannt haben oder nicht. Daraus folgt, dass die Vertragsstrafe nicht dazu dienen kann, um, wie die Motive Bd. II S. 279 sich ausdrücken, indirekt eine Leistung zu erzwingen, zu welcher eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder doch nicht in der Form des geschlossenen Vertrages über die Vertragsstrafe begründet werden kann.

Auch folgendes ergiebt sich aus § 344 des B.G.B.:

Ist z. B. über eine unmögliche Leistung zwischen zwei Parteien ein Vertrag geschlossen worden, und der Schuldner hat die Unmöglichkeit der Leistung gekannt oder kennen müssen, während sie der Gläubiger nicht gekannt hat, so hat der Schuldner dem Gläubiger nach § 307 B.G.B. das sogenannte negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Ist nun einem solchen Vertrage eine Vertragsstrafe beigefügt, so kann der Gläubiger nicht etwa auf diese, sondern muss auf das negative Vertragsinteresse klagen. Denn da die Hauptverbindlichkeit unwirksam, d. h. ohne die von den Parteien gewollten rechtlichen Wirkungen ist, so ist auch die Vertragsstrafe unwirksam. Voraussetzung der Vertragsstrafe ist daher eine giltige Hauptverbindlichkeit.

Im 1. Entwurf war auch in dem dem § 344 B.G.B. ent-

sprechenden § 424 des Falles der Anfechtbarkeit des Hauptvertrages Erwähnung gethan; der § 424 lautete;

> Erklärt das Gesetz eine Verbindlichkeit für unwirksam oder für anfechtbar, so ist das Versprechen einer Strafleistung im Falle der Nichterfüllung einer solchen Verbindlichkeit gleichfalls unwirksam oder anfechtbar, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit gekannt haben.

In der 2. Lesung hat man davon Abstand genommen, ausdrückliche Bestimmungen im Falle der Anfechtbarkeit des Hauptvertrages zu treffen, zumal sich ergiebt, dass der § 424 des 1. Entwurfs in Bezug auf den Fall der Anfechtbarkeit teils Missverständliches, teils Überflüssiges enthielt (cf. Jecklin a.a.O. Bd. 38 S. 146). Denn ist der Hauptvertrag anfechtbar und wird er auch von dem Anfechtungsberechtigten mit Erfolg angefochten, so wird er dadurch, wie wir sahen, unwirksam, mithin auch der Strafvertrag. Dieser Fall wird also auch durch die jetzige Fassung des § 344 B.G.B. getroffen. Ist das Hauptversprechen zwar anfechtbar, die Vertragsstrafe aber nicht, so liegt kein Grund vor, ihr Anfechtbarkeit zu verleihen, wenn der Hauptvertrag nicht angefochten wird. Ist ferner der Hauptvertrag anfechtbar, der Anfechtungsberechtigte hat aber davon Kenntnis gehabt und trotz dieser Kenntnis die Vertragsstrafe versprochen, so ist in dem Versprechen der letzteren ein Verzicht, den Hauptvertrag anzufechten, zu erblicken. Haben Haupt- und Strafvertrag aber denselben Anfechtungsgrund, so sind beide selbständiger Anfechtung ausgesetzt.

§ 5.
Zeit des Abschlusses der Vertragsstrafe.

In der Wissenschaft herrscht Einigkeit darüber, dass eine Vertragsstrafe nicht nur bei entstehender Verbindlichkeit, sondern auch nach entstandener Verbindlichkeit zur Verstärkung derselben festgesetzt werden kann. Dieser Auffassung steht auch nicht entgegen der Wortlaut des bürgerlichen Gesetzbuches in seinem § 339:

> Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht

die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

Hinzu kommt, dass auch die Motive zum B.G.B. Bd. II S. 275 sagen:

> Eine Konventionalstrafe kann nicht nur bei Schliessung eines Vertrages, sondern auch nach bereits begründetem Forderungsrecht vereinbart werden.

Dies ist auch ganz natürlich. Wie wir im § 3 sahen, kann als Grundlage einer Vertragsstrafe nicht nur eine vertragsmässige, sondern auch eine Delikts- oder gesetzliche Obligation dienen. Letztere können aber entstehen, lange bevor der Verpflichtete davon Kenntnis erhält. Dürften nun Vertragsstrafen nur bei entstehender Verbindlichkeit vereinbart werden, so würde damit dem Gläubiger ohne Grund ein Mittel zur Verstärkung seiner Forderung entzogen sein.

§ 6.
Form des Strafvertrages.

Wie der Name schon sagt, kommt die Vertragsstrafe durch Vertrag und nicht etwa durch einseitiges Versprechen zustande. Allerdings heisst es in den §§ 339, 340 und 341 B.G.B. stets nur, dass die Vertragsstrafe versprochen sei, damit soll aber nur, wie die Motive Bd. II S. 275 bemerken, nur die eine Seite des auf Begründung der Vertragsstrafe gerichteten Vertrages hervorgehoben sein. § 344 B.G.B. spricht aber auch von der Vereinbarung der Strafe. Ferner bestimmt § 305 B.G.B.:

> Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft, sowie zur Abänderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

Da nun das Gesetz in den §§ 339—345 nichts darüber vorschreibt, dass hier das einseitige Versprechen zur Festsetzung einer Vertragsstrafe schon genügen soll, so ergiebt sich daraus, dass die Vertragsstrafe nur durch Vertrag entsteht.

In den §§ 339—345 ist keine bestimmte Form für den Strafvertrag angeordnet; daraus folgt in Verbindung mit § 125 B.G.B.:

> Ein Rechtsgeschäft, welches der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der

durch Rechtsgeschäfte bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge;

dass für den Strafvertrag mündliche Form genügt.

§ 7.
Gegenstand der Vertragsstrafe.

Im § 342 bestimmt das B.G.B.:

Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339—341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

Als Gegenstand der Vertragsstrafe ist also zu unterscheiden die Geldstrafe und eine andere Leistung. Muss letztere aber einen Vermögenswert haben? Wie wir schon im § 1 sahen, schützt § 241 B.G.B. auch ideelle Güter, indem Gegenstand eines Schuldverhältnisses auch eine nicht vermögenswerte Leistung sein kann. Im Prinzip kann also auch eine nicht vermögenswerte Leistung Gegenstand einer Vertragsstrafe sein, nur darf sie nicht gegen Gesetz oder gute Sitten verstossen oder eine unmögliche Leistung zum Gegenstande haben. Praktisch wäre es aber ganz verkehrt, eine nicht vermögenswerte Leistung als Vertragsstrafe festzusetzen. Denn gemäss § 1 hat die Vertragsstrafe den doppelten Zweck, einmal das Interesse des Gläubigers zu sichern, sodann als Zwangsmittel gegen den Schuldner zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu dienen. Beide Funktionen würde aber eine Vertragsstrafe von nicht vermögenswerter Leistung nicht erreichen. Denn bei Verwirkung der Vertragsstrafe könnte zwar der Gläubiger auf diese klagen; um den Schuldner aber zur Erfüllung der Vertragsstrafe zu zwingen, würde er gemäss §§ 774, 775 noch weitere gerichtliche Schritte unternehmen müssen.

Welcher Unterschied sich daraus ergiebt, ob als Vertragsstrafe eine Geldsumme oder eine andere Leistung festgesetzt ist, davon im § 9.

§ 8.
Voraussetzung der Verwirkung der Vertragsstrafe.

Im bisherigen gemeinen Recht herrscht nicht volle Einigkeit darüber, wann die Vertragsstrafe verwirkt ist (cf. statt

aller Seeler a.a.O. S. 22 ff.); während nach der Ansicht der einen zum Verfall der Vertragsstrafe auf seiten des Schuldners stets culpa notwendig ist, soll letztere nach den anderen nur zur Verwirkung der stipulationes praetoriae erforderlich sein. Das B.G.B. nun bestimmt im § 339:

> Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

Ist also Gegenstand der Hauptverbindlichkeit ein Unterlassen, so tritt zweifellos die Verwirkung der Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ein, ohne dass ein Verschulden vorzuliegen braucht. Letzteres ist aber u.E. erforderlich, wenn die Leistung der Hauptverbindlichkeit eine positive ist.

Laudé a.a.O. Bd. I S. 92 Anm. 6 zu § 339 bestreitet es, u.E. mit Unrecht, wie aus den §§ 284, 285, 276 B.G.B. hervorgeht.

§ 284 B.G.B. besagt nämlich, dass der Schuldner, falls für die Leistung nicht eine bestimmte Zeit nach dem Kalender vereinbart sei, erst durch die von seiten des Gläubigers nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgte Mahnung oder Erhebung der Klage oder Zustellung des Zahlungsbefehls in Verzug gerate. Nach § 285 B.G.B. soll der Schuldner aber trotz der Mahnung nicht in Verzug kommen, so lange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat; daraus folgt, dass der Schuldner nur dann in Verzug gerät, wenn er einen Umstand zu vertreten hat. Zu vertreten hat der Schuldner aber gemäss § 276 B.G.B. Vorsatz und Fahrlässigkeit, also nur ein Verschulden.

> § 284. Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich.
>
> Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das Gleiche gilt, wenn

der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt.

§ 285. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, so lange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

§ 276. Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

Die hier vertretene Ansicht findet sich auch in den Motiven zum 1. Entwurf des B.G.B. (Bd. I S. 279 zu § 424), die uns als Grund, warum für den Fall, dass die Hauptverbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, zur Verwirkung der Strafe von dem Erfordernis des Verschuldens abgesehen ist, angeben, dass in diesem Falle eine Garantieübernahme seitens des Schuldners zu vermuten sei. Dabei erwähnen die Motive zugleich, dass der § 339 nur dispositiven Charakters ist, dass es also auch im Falle einer Verbindlichkeit zu einer positiven Leistung der Parteivereinbarung unterliegt, dass der Schuldner auch für casus haftet, und dass umgekehrt bei einer Verbindlichkeit zu einem Unterlassen culpa des Schuldners als Voraussetzung der Verwirkung der Strafe vereinbart werden kann.

Der 1. Entwurf enthielt im § 423 noch folgende Bestimmung:

Ist die Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung das Recht auf die Strafe begründen würde, erloschen, ohne dass die Strafe vorher verwirkt war, oder ist die Nichterfüllung der Verbindlichkeit von dem Gläubiger verschuldet, so kann die Strafe nicht verlangt werden.

Dieser Paragraph ist mit Recht in der 2. Lesung gestrichen worden. Denn ist die Hauptverbindlichkeit erloschen, so besteht sie eben nicht mehr; wie aber die §§ 2, 3 und 4 ergaben, ist Voraussetzung der Vertragsstrafe eine giltige Hauptverbindlichkeit. Hat ferner der Gläubiger die Nichterfüllung der Verbindlichkeit verschuldet, so liegt auf Seiten des Schuldners kein nach § 276 des B.G.B. vertretbarer Umstand vor, und der Schuldner kommt daher nach § 285 auch nicht in Verzug; also kann

der Gläubiger gemäss § 339 in diesem Falle auch nicht die Strafe verlangen.

§ 9.
Das Schuldverhältnis bei Nichterfüllung nach Verwirkung der Vertragsstrafe.

Hinsichtlich der Frage, wie das Schuldverhältnis sich gestaltet, wenn der Schuldner in Verzug gekommen ist, ist zu unterscheiden, ob die Vertragsstrafe vereinbart ist für Nichterfüllung oder für nicht gehörige Erfüllung. Für den ersteren Fall bestimmt § 340 B.G.B.:

> Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.
>
> Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfülluug zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Der Gläubiger kann also nicht, wenn der Schuldner in Verzug gekommen ist, Erfüllung und Strafe verlangen; daraus folgt, dass die Vertragsstrafe des bürgerlichen Gesetzbuchs keine wirkliche Strafe, sondern nur Interesseersatz ist. Wohl aber hat der Gläubiger nicht nur die Wahl, die Strafe oder die Hauptleistung zu verlangen, nein, er kann auch noch, wenn er sich auch schon für die Erfüllung erklärt hat, diese Erklärung widerrufen und die Strafe verlangen. Hat er sich aber für letztere entschieden, so verliert er den Anspruch auf Erfüllung. Der Gläubiger ist also hier besser gestellt, als der wahlberechtigte Gläubiger bei der alternativen Obligation, denn in diesem Falle gilt die einmal durch Erklärung gewählte Leistung gemäss § 263 B.G.B. stets als die von Anfang an allein geschuldete:

> Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.
>
> Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete.

Nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger hat bei der Vertragsstrafe die Wahl zwischen Erfüllung und Strafe; dies

ist wesentlich, denn hat nach einem Vertrage der Schuldner die Wahl, so liegt gar keine Vertragsstrafe vor, sondern ein Reugeld; denn in diesem Falle ist die bedingt versprochene Leistung nicht zu Gunsten des Gläubigers, sondern des Schuldners festgesetzt; durch die Vertragsstrafe aber soll, wie wir schon im § 1 sahen, dem Schuldner ein Nachteil auferlegt werden. Durch den Verzug entsteht bei der Vertragsstrafe eine neue Verpflichtung, und dadurch unterscheidet sich auch die Vertragsstrafe von der lex commissoria und anderen verwandten Vorbehalten; letztere suchen zwar auch den Vertrag zu sichern, aber durch ein anderes Mittel: sie drohen die Aufhebung des Vertrages an.

Hat der Gläubiger sich bei der Vertragsstrafe für die Strafe entschieden, so verliert er dadurch nicht etwa den Anspruch auf Ersatz des eventuell entstandenen Schadens ganz, sondern er kann in diesem Falle noch den „weiteren Schaden" geltend machen, d. h. den Unterschied zwischen Straf- und Schadensersatzsumme, als deren Minimum stets die Strafe gilt.

Die Strafe wird hier in derselben Weise behandelt, wie die Verzugszinsen, neben denen der Gläubiger auch den weiteren Schaden geltend machen kann, wie dies anordnet § 288 B.G B.:

> Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit 4 vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinseu verlangen, so sind diese fortzuentrichten.
>
> Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Die Differenz zwischen Strafe und Schadensersatzsumme kann der Gläubiger jedoch nur gemäss § 253 B.G.B. bei Vermögensschaden, wie schon im § 1 erwähnt, und mit der Einschränkung geltend machen, die sich ergiebt aus § 342 B.G.B.:

> Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339—341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

Pergament a.a. O. S. 46 billigt im allgemeinen diese einschränkende Vorschrift, tadelt aber, dass nicht der Geldstrafe diejenige Vertragsstrafe gleichgestellt sei, welche aus Gütern,

die einen Marktwert haben, gebildet werde. Es sei nicht gut abzusehen, sagt er, warum das Verhältnis beim Gutsbesitzer oder Bauer auf dem Lande, welcher so und so viel Scheffel Getreide oder Fass Wein sich als Konventionalstrafe versprechen lasse, anders liegen sollte als beim Städter, der sich so und so viel Mark als Strafe ausbedinge. Dieser Vorwurf ist u. E. nicht gerechtfertigt. Die Vertragsstrafe hat doch auch den Zweck, die Schadensersatzklagen möglichst überflüssig zu machen. Nehmen wir nun an, ein Bauer habe sich eine Quantität Kartoffel als Vertragsstrafe ausbedungen und auch vom Schuldner erhalten; stünde ihm nun noch ein Anspruch auf Schadensersatz zu, würde er da nicht leicht in Versuchung kommen, den Wert der erhaltenen Kartoffeln recht niedrig anzuschlagen und noch die Schadensersatzklage auf das rückständige Mehr zu erheben, obgleich er durch die Vertragsstrafe thatsächlich befriedigt ist? Und der Richter müsste dann nicht nur die Höhe des Schadens, sondern auch den Wert der Kartoffeln feststellen. Zu letzterem würde es aber in den meisten Fällen einer langwierigen und trotzdem im Ergebnis zweifelhaften Beweisaufnahme bedürfen, zumal wenn die Kartoffeln schon in anderen Händen sich befinden oder gar schon verbraucht sind.

Das bürgerliche Gesetzbuch schweigt über die Frage, wie es sich verhält, wenn die Hauptverbindlichkeit in einem Unterlassen bestand, der Schuldner aber dieser Verbindlichkeit zuwider gehandelt hat und dadurch ein materieller Schaden entstanden ist, der den Betrag der Vertragsstrafe übersteigt. Analog dem Falle, in welchem die Hauptverbindlichkeit in einer positiven Handlung besteht, müssen wir hier erkennen, dass der Gläubiger ausser der Strafe den dieselbe übersteigenden Betrag des Schadens beanspruchen kann, aber nur, wenn als Strafe eine Geldsumme festgesetzt ist, da anderenfalls die eben besprochene Beschränkung auf die Vertragsstrafe gemäss § 342 B.G.B. eintritt. Denn wollte man dem Gläubiger hier nur die Strafe zuerkennen, so würde er ja durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe schlechter gestellt sein, als ohne diese; die Vertragsstrafe ist doch aber zum Vorteil des Gläubigers da. Hervorgehoben sei noch: Ist durch die Zuwiderhandlung nur ein immaterieller Schaden entstanden, so ist der Gläubiger hier auf die Strafe wegen § 253 B.G.B. beschränkt.

Im 1. Entwurf des B.G.B. war der Schuldner wesentlich besser gestellt; § 420 lautete:

> Hat der Schuldner für den Fall, dass er eine ihm obliegende Leistung nicht bewirken würde, dem Gläubiger eine andere Leistung als Strafe versprochen, so hat der Gläubiger eintretenden Falls die Wahl, ob er die Hauptleistung oder die Strafleistung, und, wenn wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung statt dieser Schadensersatz verlangt werden kann, ob er Schadensersatz oder die Strafleistung verlangen will. Wählt der Gläubiger Schadensersatz, so kann er stets die Strafleistung als Mindestbetrag des Schadens verlangen.

Durch den Verzug des Schuldners entstand also eine reine alternative Obligation nach den Vorschriften des § 263 B.G.B.; der Gläubiger hatte die Wahl zwischen Strafe und Hauptleistung und konnte nicht mehr, wenn er sich einmal für die eine erklärt hatte, zu der anderen übergehen. Nach der jetzigen Fassung des dem § 420 des 1. Entwurfs entsprechenden § 340 B.G.B. kann dagegen der Gläubiger, wie wir sahen, die Wahl der Erfüllung widerrufen und noch die Strafe wählen; die Stellung des Schuldners ist daher eine unsichere geworden. Ferner, der 1. Entwurf gab dem Gläubiger, der Erfüllung nicht erlangen konnte, nur die Wahl zwischen Strafe und Schadensersatz. Jetzt aber kann der Gläubiger, wie wir sahen, wenn er die Strafe wählt, noch den weiteren Schaden geltend machen.

Das Handelsgesetzbuch Art. 284 und das bisherige gemeine Recht stehen in dieser Frage im allgemeinen auf dem Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuches; nur gewähren sie nicht dem Gläubiger das Recht, von dem Anspruch auf Erfüllung zu dem auf Strafe überzugehen.

Zu Beginn dieses Paragraphen hoben wir hervor, dass der Gläubiger nicht Erfüllung und Strafe verlangen kann und fanden als Grund dafür, weil die Vertragsstrafe keine wirkliche Strafe, sondern Ersatzleistung sei. Daher kann der Gläubiger auch nicht, wenn er wegen Nichterfüllung den Rücktritt vom Vertrage wählt, die Strafe verlangen. Denn nach dem später anzuführenden § 325 B. G. B. kann der Gläubiger nur Rücktritt vom Vertrage oder Schadensersatz wählen, nicht aber beides.

§ 325. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu erwarten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. . . .

§ 10.
Das Schuldverhältnis bei Verzug des Schuldners wegen nicht gehöriger Erfüllung.

Zu Beginn des vorigen Paragraphen hoben wir hervor, dass ein Unterschied hinsichtlich der Folgen des Verzugs des Schuldners zu machen sei, ob die Vertragsstrafe festgesetzt sei für Nichterfüllung oder für nicht gehörige Erfüllung. Letzteren Fall nun ordnet § 341 B.G.B.:

Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

Hier bleibt also der Anspruch auf Erfüllung bestehen und daneben wird infolge des Verzugs des Schuldners der bedingte Anspruch auf die Vertragsstrafe ein unbedingter. Diese Regelung ist auch die den Parteiabsichten allein entsprechende. Denn hat z. B. ein Maurermeister die Ausführung eines Baues übernommen und dem Bauherrn für den Fall, dass der Bau nicht bis zu einem bestimmten Termin fertiggestellt sei, eine Strafe versprochen, so ist nach Wort und Sinn des Vertrages die Strafe auf die Verzögerung gesetzt, der Bauherr will sich durch die Vertragsstrafe für den Fall sichern, dass der Bau nicht zu der bestimmten Zeit fertig wird, die Verpflichtung zur Ausführung des Baues wird aber von der Vertragsstrafe gar nicht berührt.

Der Anspruch auf die Vertragsstrafe steht aber auch dem Gläubiger nur wegen nicht pünktlicher Erfüllung zu, der letztere

kann nicht die Strafe verlangen, weil der Schuldner etwa qualitativ dem Hauptvertrag nicht nachgekommen ist. Die Strafe ist also nur dann verwirkt, wenn der Schuldner in dem Punkte, der Anlass zu der Vereinbarung der Vertragsstrafe gegeben hat, seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Wenn aber nach einem Vertrage die Strafe allgemein auf nicht gehörige Erfüllung gesetzt ist, so ist die Strafe verwirkt, sobald der Schuldner nicht quantitativ oder qualitativ oder nicht an rechtem Orte oder nicht pünktlich seiner Hauptverbindlichkeit nachkommt.

Ist dem Gläubiger aus dem Verzuge des Schuldners ein Schaden entstanden, dessen Betrag den der Strafe übersteigt, so kann auch hier der Gläubiger wieder ausser der Strafe den dieselbe übersteigenden Betrag des Schadens beanspruchen, selbstverständlich aber nur mit den im vorigen Paragraphen erwähnten Einschränkungen, d.h. der Schaden muss ein materieller und als Vertragsstrafe muss eine Geldsumme vereinbart sein.

Jeden Anspruch auf Strafe verliert jedoch der Gläubiger gemäss Abs. 3 des citierten § 341, wenn er die Hauptleistung annimmt, ohne dem Schuldner zu erklären, dass er auch noch die Vertragsstrafe verlange. Dass die Vorbehaltserklärung gerade bei der Annahme der Hauptleistung erfolgt, ist nicht erforderlich; denn es ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger, der nach Verfall der Strafe und vor Annahme der Erfüllung erklärt, dass er Hauptleistung und Strafe verlange, diese Erklärung bei Annahme der Hauptleistung zu wiederholen gezwungen sein soll.

Das Erfordernis des Vorbehalts des Gläubigers, um seinen Anspruch auf die Vertragsstrafe aufrecht zu erhalten, entspricht nicht den sonst geltenden Regeln, wonach vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung die nachträgliche Geltendmachuug einer Nebenforderung nicht ausschliesst. Demgemäss wurde in der 2. Lesung des Entwurfs auch der Antrag gestellt, den Gläubiger besser zu stellen und von dem Abs. 3 des § 341 B. G. B. (resp. von dem 2. Satz des § 421 des 1. Entwurfs) Abstand zu nehmen (cf. Greiff a.a.O. Bd. 57 S. 723-24 und Mot. Bd. I S. 358-59); man behielt das Erfordernis des Vorbehalts aber bei, um den Schuldner nicht während der ganzen Zeit bis zum Ablauf der Verjährung im Ungewissen zu lassen, ob der Gläubiger, der die Erfüllung vorbehaltlos angenommen

hat, auch noch die Strafe beanspruche oder nicht. Ja, durch die 2. Lesung des Entwurfs ist die Lage des Gläubigers nicht nur nicht besser, sondern sogar eine schlechtere geworden als nach dem 1. Entwurf; denn der dem § 341 B.G.B. entsprechende § 421 des 1. Entwurfs lautete:

> Ist die Konventionalstrafe für den Fall, dass die Hauptleistung nicht in der bestimmten Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfolgen werde, und hierfür allein bedungen, so kann eintretenden Falls sowohl die Hauptleistung als auch die Strafleistung oder statt dieser Schadensersatz nach Massgabe des § 420 verlangt werden. Hat in einem solchen Falle der Gläubiger die Hauptleistung angenommen, so kann er die Strafleistung nur dann fordern, wenn die Annahme unter Vorbehalt der Strafleistung erfolgt ist. Die letztere Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger bei Annahme der Hauptleistung von seinem Rechte auf die Strafleistung oder von dem Eintritt der Voraussetzungen desselben nicht unterrichtet war.

Hatte also nach dem 1. Entwurf der Gläubiger die Hauptleistung vorbehaltlos angenommen, so verlor er dem letzten Satze des § 421 gemäss trotzdem nicht seinen Anspruch auf die Strafe, wenn er sich betreffs des letzteren in einem rechtlichen oder thatsächlichen Irrtum befunden hatte.

Es fragt sich nun, ob die durch die 2. Lesung erfolgte Streichung der Ausnahme der Folgen der vorbehaltlosen Annahme der Hauptleistung bei rechtlichem oder thatsächlichem Irrtum über den Anspruch auf die Hauptleistung gerechtfertigt erscheint oder nicht. Die Streichung ist erfolgt, um nicht der festgesetzten vorbehaltlosen Annahme jede praktische Bedeutung zu entziehen (cf. Greiff a.a.O. Bd. 59 S. 60). Letzteres trifft doch aber nur bei rechtlichem Irrtum zu; denn beriefe sich der Gläubiger, der die Hauptleistung ohne Vorbehalt angenommen hat, um noch die Strafleistung verlangen zu können, darauf, dass er bei Annahme der Hauptleistung von seinem Rechte auf die Strafleistung nicht unterrichtet gewesen sei, so würde allerdings dem Schuldner der Gegenbeweis fast nie gelingen, anders aber, wenn der Gläubiger behauptet, den Eintritt der Voraussetzungen seines Rechts auf die Strafleistung nicht gekannt zu haben; in diesem Falle würde der Schuldner wohl sehr oft und

leicht den Gegenbeweis bringen können. Man hätte daher einen Unterschied machen sollen zwischen dem Gläubiger, der sich bei der vorbehaltlosen Annahme in rechtlichem Irrtum, und dem, der sich in einem thatsächlichen Irrtum befindet, und dem ersteren jeden Anspruch auf die Strafleistung nehmen, dem letzteren dagegen diesen erhalten sollen nach dem Satze: Ignroantia iuris nocet, facti ignorantia non nocet.

Im bisherigen gemeinen Recht, das im übrigen dieselbe Regelung aufweist, ist es bestritten, ob durch die vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung der Anspruch auf die Strafleistung untergeht.

Das bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmung darüber, wie es zu halten sei, wenn die Vertragsstrafe auf Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung gesetzt ist, und der Schuldner teilweise bezw. teilweise in gehöriger Weise erfüllt hat. Verfällt in einem solchen Falle die ganze Vertragsstrafe? Die Motive Bd. II S. 277 machen die Beantwortung dieser Frage von dem Inhalt des Vertrages abhängig; gehe aus dem letzteren darüber nichts hervor, so soll der Gläubiger auch bei teilweiser Erfüllung die ganze Vertragsstrafe beanspruchen können. Dieser, auch von Dernburg Bd. II § 46, Windscheid § 285 No. 2, Entsch. des vorm. R.O.H.G. Bd. XXII No. 39 vertretenen Ansicht wird man beipflichten müssen. Es ist dabei aber zu beachten: Handelt es sich um eine hohe Strafe und ist der Schuldner seiner Verbindlichkeit fast völlig nachgekommen, so wird die Vertragsstrafe leicht unverhältnismässig hoch erscheinen, und es kann dann das im § 13 noch näher zu besprechende richterliche Ermässigungsrecht Platz greifen.

Es bleibt noch zu erörtern, wie das Schuldverhältnis sich gestaltet,

I. wenn mehrere Schuldner,

II. wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind.

Ad I. Hier ist zu unterscheiden:

1. die Hauptleistung ist eine teilbare, nicht auf Vertrag beruhende,
2. die Hauptleistung ist eine unteilbare oder teilbare, im letzteren Fall aber auf Vertrag beruhend.

Zu 1 kommt hinsichtlich der Hauptleistung zunächst § 420 B.G.B. in Betracht:

> Schulden Mehrere eine teilbare Leistung oder haben Mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteile berechtigt.

Es entsteht also eine Partialobligation. Während jeder der Schuldner aus der Hauptobligation aber nur anteilmässig verpflichtet ist, hat er dennoch für den Fall des Verzugs die ganze Vertragsstrafe zu tragen. Da letztere nämlich durch Vertrag entstanden ist, so tritt hinsichtlich ihrer § 427 B.G.B. in Kraft:

> Verpflichten sich Mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.

Trotz der partiellen Hauptobligation entsteht also für den Gläubiger gegen den säumigen Schuldner ein Anspruch auf die ganze Vertragsstrafe.

Gegen diejenigen Schuldner, welche der Hauptverbindlichkeit ihrem Anteile gemäss nachgekommen sind, kann aber der Gläubiger wegen der Vertragsstrafe nicht vorgehen, obgleich es im § 421 B.G.B. heisst:

> Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger nach seinem Belieben von jedem der Schuldner die Leistung ganz oder zu einem Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.

Denn um auch gegen die Schuldner, welche geleistet haben, einen Anspruch auf die Vertragsstrafe zu haben, fehlt es an der Voraussetzung der Verwirkung der Vertragsstrafe, d. i. an dem Verzug der betreffenden Schuldner. Mangels besonderer Verabredung haften sie aber nicht für den Verzug ihrer Mitschuldner, weil sie ja nur anteilmässig verpflichtet sind.

Sind mehrere der Schuldner im Verzug, so haftet, wie aus den cit §§ 421 und 427 hervorgeht, jeder der säumigen Schuldner für die Vertragsstrafe; trotz der partiellen Hauptobligation hat aber der Gläubiger im Zweifel nur Anspruch auf einmalige Leistung der Vertragsstrafe gemäss § 422 B.G.B.:

> Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. . . .

(Die Frage, ob der eine der in Verzug gekommenen Schuldner, welcher den Gläubiger hinsichtlich der Verzugsstrafe befriedigt hat, von den anderen säumigen Schuldnern im Falle des § 341 B.G.B. Ausgleichung verlangen kann, gehört nicht hierher; u.E. ist sie zu bejahen.)

Zu 2. Handelt es sich um eine teilbare, aber auf Vertrag beruhender Hauptleistung, so haftet in diesem Falle jeder Schuldner im Zweifel als Gesamtschuldner, wie der cit. § 427 B.G.B. ergiebt. Ebenso verhält es sich bei einer unteilbaren Hauptleistung gemäss § 431 B.G.B.:

> Schulden Mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner.

In diesem Falle kann der Gläubiger die Hauptleistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner fordern, die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt aber auch für die übrigen Schuldner. Haben nun die Schuldner für den Fall, dass sie die Hauptleistung nicht in gehöriger Weise erfüllen, dem Gläubiger eine Vertragsstrafe versprochen, so kann letzterer, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht in gehöriger Weise geleistet wird und die Schuldner demnach alle in Verzug kommen, auch mit dem Anspruch auf die Vertragsstrafe gegen jeden Schuldner vorgehen. Es werden aber auch hier die Schuldner, wenn der Gläubiger von einem derselben Hauptleistung und Strafe erhalten hat, dadurch sämtlich dem Gläubiger gegenüber auch hinsichtlich der Vertragsstrafe befreit.

Ad II. Sind mehrere Gläubiger vorhanden, so ist zu unterscheiden:

1. Jeder Gläubiger kann nur einen Teil der Hauptleistung beanspruchen;
2. Jeder Gläubiger kann die ganze Leistung fordern, der Schuldner ist aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet;
3. Die Hauptleistung ist eine unteilbare und der Schuldner kann nur an alle gemeinschaftlich leisten.

Im ersten Falle ist es quaestio facti, ob derjenige Gläubiger, der Erfüllung nicht verlangt hat, die ganze Strafe beanspruchen kann oder nur einen verhältnismässigen Teil. Erfüllt im zweiten Falle der Schuldner nicht, so kann jeder Gläubiger die Strafe beanspruchen, der Schuldner braucht aber auch diese

nur einmal zu leisten; dies folgt aus der accessorischen Natur der Vertragsstrafe. Ist die Hauptleistung eine unteilbare und kann der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten, so kann auch in diesem Falle jeder der Gläubiger wegen der Vertragsstrafe an sämtliche Gläubiger klagbar werden, weil hier der Schuldner gegen jeden in Verzug gekommen ist; der Schuldner kann aber auch die Vertragsstrafe nur an alle gemeinschaftlich leisten.

§ 11.

Ausschluss der kumulativen Haftung.

In den §§ 9 und 10 sahen wir, dass der Schuldner, welcher seiner Hauptverbindlichkeit nicht nachgekommen ist, wenn Strafe und Schadensersatz in Betracht kommen, stets nur Strafe oder Schadensersatz resp. Strafe plus Mehrbetrag des Schadens zu leisten verpflichtet ist, nie aber Strafe und das ganze Interesse. In der Vertragsstrafe ist daher nach dem bürgerlichen Gesetzbuch nicht eine Strafe, die mit dem Schadensersatz nichts gemein hat, sondern das zu Gunsten des Gläubigers taxierte Interesse zu erblicken. Zu Gunsten des Gläubigers taxiertes Interesse ist es schon deshalb zu nennen, weil der Gläubiger, der höheren Schaden, als die Strafsumme ausmacht, erlitten hat, nicht auf die Geltendmachung der Strafe beschränkt ist, sondern auch noch das Plus aus der Schadensersatzsumme zu fordern berechtigt ist. Kann aber, wie im bisherigen gemeinen Recht, durch Parteivereinbarung kumulative Haftung festgesetzt werden, d.h. kann vereinbart werden, dass der Schuldner, wenn er die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt, ausser der Vertragsstrafe auch noch den ganzen Schaden zu ersetzen hat? In den Motiven Bd. II S. 277 zu § 421 wird zwar gesagt, dass die §§ 340 und 341 B.G.B. dispositiven Charakters seien; damit ist aber wohl nur gemeint, dass die Parteien auch eine m i l d e r e Haftung des Schuldners vereinbaren können, dass z. B. durch die Entrichtung der Strafe jeder weitere Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz ausgeschlossen sein soll. Denn mangels jeder Erwähnung im Gesetz selbst können wir nicht annehmen, dass es die Festsetzung der kumulativen Haftung des Schuldners überhaupt zulässt, da ja in diesem Fall die Vertragsstrafe die Natur einer reinen Strafe, einer Züchtigung hat, während sie nach dem bürgerlichen Gesetzbuch den Schadensersatz darstellt.

§ 12.
Die Beweislast.

In der Praxis herrscht keine Einigkeit darüber, wen die Beweislast trifft, wenn der Schuldner die Verwirkung der Strafe bestreitet, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe (cf. Förster-Eccius a.a.O. Bd. I § 107 Anm. 50). Diesen Zweifeln macht das bürgerliche Gesetzbuch ein Ende, indem es im § 345 bestimmt:

> Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

Diese Ordnung der Beweislast ist durchaus zu billigen und entspricht auch der Regel: Probatio incumbit ei, qui dicit, non qui negat. Denn der Gläubiger ist is, qui negat, er leugnet die Erfüllung der Verbindlichkeit, während sie der Schuldner behauptet; besteht die Verbindlichkeit in einem Unterlassen, so ist is, qui dicit der Gläubiger; er behauptet, dass der Schuldner das unter Strafe Gestellte gethan habe, während der Schuldner es leugnet.

Wäre aber der Gläubiger beweispflichtig, auch wenn die Verbindlichkeit nicht in einem Unterlassen besteht, so würde man ihm unter Umständen zumuten, Beweis anzutreten für die ganze Zeit seit der Entstehung der Verbindlichkeit bis zu der behaupteten Verwirkung der Strafe, während der Schuldner nur einen bestimmten Vorgang zu beweisen nötig hat. Aus demselben Grunde wäre es andererseits unbillig, wenn die Hauptverbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, dem Schuldner den Beweis aufzulegen, dass er seit Entstehen der Verbindlichkeit derselben nicht zuwidergehandelt habe.

Wie schon die Stellung des § 345 hinter § 341 ergiebt, begreift ersterer den Fall, wenn die Strafe auf nicht gehörige Erfüllung gesetzt ist, und der Schuldner die Verwirkung der Strafe bestreitet, weil er gehörig erfüllt habe.

Behauptet aber der Schuldner, dass der Gläubiger im Falle des § 341 die Strafe um deswillen nicht beanspruchen könne, weil er sich bei Annahme der Erfüllung das Recht auf die Strafe nicht vorbehalten habe, so muss hier der Gläubiger den Vorbehalt beweisen (ebenso Ob. Tr. 62 S. 10; Str. A. Bd. 770, 53, anders R.G.B. 29 S. 116, 119, O.H.G. 13 S. 14);

denn hier hängt der Anspruch auf die Strafe von dem Vorbehalte ab, den der Schuldner leugnet; der Gläubiger muss ihn darum beweisen, ebenso wie er im Falle des Bestreitens des Schuldners die Entstehung der Hauptverbindlichkeit und des Strafvertrages beweisen muss.

§ 13.
Das richterliche Ermässigungsrecht.

Im bisherigen gemeinen Recht unterliegt die Höhe der Vertragsstrafe der freien Vereinbarung der Parteien, abgesehen von den Beschränkungen, welche sich aus den Reichsgesetzen über den Wucher ergeben. Denselben Standpunkt nahm der 1. Entwurf des B.G.B. ein; er kannte weder eine gesetzliche Beschränkung noch ein richterliches Ermässigungsrecht. In der Kritik fand er deswegen nur von Wenigen Billigung; zu seinen Verteidigern gehörten insbesondere Koffka und Simon in ihren Gutachten auf dem 20. deutschen Juristentag (Bd. II S. 1—45) und Bähr a. o. O. 685; von den meisten Beurteilern erfuhr er schärfsten Tadel, so namentlich von dem 20. Juristentag, ferner von Gierke in seinem „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht," S. 222 und 223, Hartmann a. a. O., Bd. 73 S. 378—381 und vom Kgl. Landesökonomie-Kollegium 1890 (a. a. O. S. 899). Von den Befürwortern und Gegnern des 1. Entwurfs sind die Gründe Für und Wider erschöpfend erörtert worden, so dass auf deren Ausführungen verwiesen wird. U.E. rechtfertigt sich eine Beschränkung der Vertragsstrafe in Bezug auf ihre Grösse schon aus folgenden Erwägungen: Der Gläubiger wird in den meisten Fällen die Höhe der Vertragsstrafe bestimmen und wohl selten eine niedrigere eingehen, als er glaubt, dass sein Interesse an der Erfüllung des Hauptvertrages ist. Trotzdem gewährt ihm das bürgerliche Gesetzbuch das Recht, neben der Strafe den weiteren Schaden zu verlangen; und da erscheint es u. E. nicht unbillig, wenn eine so hohe Strafe vorliegt, dass sie zum Interesse des Gläubigers in gar keinem Verhältnis steht, dem Schuldner die Möglichkeit zu gewähren, eine Reduktion einer solchen Strafe zu verlangen.

Da auch die Kommission für den 2. Entwurf mit den Gegnern des 1. Entwurfes der Ansicht war, dass die Wuchergesetze nicht ausreichten, um die unerhörten Missbräuche der Vertragsstrafe

aus der Welt zu schaffen, und dass auch von der zu erwartenden Erweiterung des Wuchergesetzes und dem Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte ein wirksamer Schutz für alle Fälle nicht zu erhoffen sei, so beschloss sie der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Strafen Schranken aufzuerlegen.

Pergament a.a.O. S. 104 glaubt, dass die inzwischen ergangenen, nachher citierten Reichsgesetze, betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1884 § 4 Abs. 1 und die Novelle zum Wuchergesetz vom 19. Juni 1893 § 302a und 302e des R. St.G.B. „zur Abhilfe des eventuellen Übelstandes der schrankenlose Freiheit derVertragsstrafe genügen"; er giebt aber auf S. 106 selbst zu, dass Fälle vorkommen können, wo der bisher vorhandene Rechtsschutz nicht ausreicht.

§ 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. V. 84:

> Eine wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen verwirkte Vertragsstrafe kann, wenn sie unverhältnismässig hoch ist, auf Antrag des Käufers durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Die Herabsetzung einer entrichteten Strafe ist ausgeschlossen.
>
> § 302a. Wer unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen mit Bezug auf ein Darlehen oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes gegenseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll, sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, ... wird mit Gefängnis . . . . . bestraft.
>
> § 302e. Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher mit Bezug auf ein Rechtsgeschäft anderer als der im § 302a bezeichneten Art gewerbs- oder gewohnheitsmässig unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit . . .

Dass durch die beiden ersten Gesetze aber bei weitem nicht alle Fälle getroffen werden, möchte wohl auf der Hand liegen. § 4 Abs. 1 ordnet nur Abzahlungsgeschäfte, und § 302a spricht nur von Darlehen, Stundung von Geldforderungen und anderen, denselben wirtschaftlichen Zwecken dienenden Rechtsgeschäften. Der § 302e soll nach Pergament z.B. einen Bank-

beamten schützen, der bei einem Gehalt von 10 000 M. eine Strafe von 100 000 M. versprochen hat, falls er vor Ablauf des Kontraktes die Stelle aufgiebt. Gewohnheitsmässig wird sich aber wohl keine Bank von ihren Angestellten so hohe Strafen versprechen lassen, und damit stände der Beamte schutzlos da. Die bisherigen Gesetze reichen also nicht aus, um Ausschreitungen hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe zu verhindern.

Im Anschluss an das österreichische bürgerliche Gesetzbuch § 1336 Abs. 3 und das schweizerische Obligationsrecht Art. 182 entschied sich die Kommission sodann trotz der geltend gemachten Bedenken (cf. Reatz a.a.O. Bd. I S. 152) für das richterliche Ermässigungsrecht und zwar in folgender Fassung:

> § 343. Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.
>
> Das Gleiche gilt auch ausser den Fällen der §§ 339—342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

Die Kommission verzichtete darauf, der citierten Gesetzesbestimmung eine bestimmtere Fassung zu geben, weil sich alle Versuche dazu wegen der Mannigfaltigkeit der Fälle als nicht zweckentsprechend erwiesen hatten. Man begnügte sich daher mit der Vorschrift, dass der Richter bei der Beurteilung stets jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse, sondern auch den Grad des Verschuldens des Schuldners und die wirtschaftliche Lage der Parteien zu beachten habe. Die Wahl des Zeitpunktes aber für die Ermittelung des Interesses, ob der der Vereinbarung oder der der Verwirkung der Strafe oder der der Klageerhebung oder der des Urteils, überliess man für den einzelnen Fall vollständig dem Ermessen des Richters. Zu letzterem kam man mit Recht durch folgende Erwägungen (cf. Reatz a.a.O. Bd. I S. 153): Eine Vertragsstrafe könne zur Zeit der Vereinbarung derselben unverhältnismässig hoch erscheinen, zur Zeit der Verwirkung oder der

Klageerhebung aber infolge veränderter Umstände angemessen sein. Umgekehrt könne aber auch eine Strafe, die zur Zeit der Vereinbarung im Verhältnis zum Interesse des Gläubigers durchaus nicht übermässig hoch sei, zur Zeit der Verwirkung aber unverhältnismässig hoch erscheinen, wenn es sich herausstellte, dass der Gläubiger durch die Nichterfüllung der Hauptleistung nur geringen oder keinen Schaden erlitten oder sogar Gewinn gemacht habe. In beiden Fällen würde es zu unbilligen Resultaten führen, den Zeitpunkt der Vereinbarung der Strafe der Ermittelung des Interesses zu Grunde zu legen, und zwar im ersteren Falle für den Gläubiger, im zweiten aber für den Schuldner. Drittens wäre es auch möglich, dass der Gläubiger aus der Nichterfüllung hinterher sogar Vorteile gezogen habe. In diesem Falle müsste sogar ein noch späterer Zeitpunkt als der der Verwirkung der Strafe, vielleicht der der Klageerhebung oder des Urteils zur Schätzung des Interesses vom Richter gewählt werden.

Pergament a.a.O. S. 101 nennt den § 343 B.G.B. „einen Sprung ins Dunkle"; er befürchtet, dass von der genannten Bestimmung ein zu weit gehender Gebrauch gemacht wird, und dass selbst für den gewissenhaften Richter die Schwierigkeiten, mit denen letzterer zu kämpfen habe, zu gross seien, als dass erwartet werden könne, dass der Richter immer das bonum und aequum finde. Beides zu Unrecht! Denn erstens trifft den Schuldner die Beweislast, wenn § 343 B.G.B. dies auch nicht ausdrücklich sagt; denn der Schuldner muss den Antrag auf Ermässigung stellen und behaupten, dass die Vertragsstrafe unverhältnismässig hoch sei; er muss daher auch seine bejahende Behauptung beweisen; unbillig wäre es, vom Gläubiger den Beweis zu verlangen, dass die Strafe angemessen sei; denn durch die Vertragsstrafe will er sich ja gerade davon frei machen, seinen Schaden nachweisen zu müssen. Zweitens hat der Richter aber auch die immateriellen Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen. Den Grad der culpa und die Vermögensverhältnisse einer Person muss ein Richter aber auch in unzähligen anderen Fällen feststellen, in denen es sich nicht um Vertragsstrafe handelt; warum dies aber hier schwieriger sein sollte, ist nicht gut abzusehen. Betreffs der Wahl des zu Grunde zu legenden Zeitpunktes wird der Richter aber nicht fehlgreifen, wenn er

dessen eingedenk ist, dass die Vertragsstrafe ihrem Hauptzweck nach Ersatzleistung ist. Liegt daher der Fall so, dass eine Vertragsstrafe zur Zeit ihrer Vereinbarung unverhältnismässig hoch erscheint, zur Zeit der Klageerhebung wegen veränderter Umstände aber ganz angemessen ist, so ist hier die Strafe nicht zu ermässigen; denn wäre die Strafe niedriger, so könnte ja der Gläubiger sogar den weiteren Schaden geltend machen. Hat aber die Nichterfüllung dem Gläubiger nur geringen Schaden gebracht, so wird in diesem Falle der Richter die Strafe zweifellos ermässigen (a. M. Pergament a.a.O. S. 105); denn das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung ist thatsächlich nicht so gross gewesen, als es zur Zeit der Vereinbarung der Strafe schien. Wäre die Strafe gerade dem entstandenen Schaden entsprechend gewesen, so könnte ja der Gläubiger auch nicht einen weiteren Schaden geltend machen. Die Vertragsstrafe soll aber dem Gläubiger nicht unbegründete Vorteile verschaffen.

Wir sahen im § 7, dass das B.G.B. im § 342 als Vertragsstrafe nicht nur die Geldstrafe, sondern auch andere Leistungen zulässt. Wie Abs. 2 des § 343 ergiebt, kann auch bei diesen eine Ermässigung der Strafe beantragt werden.

„Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.“

In der Kommission wurde bereits geltend gemacht, dass auch die nachträgliche Ermässigung einer Strafe und die Rückforderung des zu viel gezahlten Betrages mittelst der condictio ob iniustam causam nicht unbillig erscheine; man schloss sie aber aus praktischen Rücksichten aus; man wollte den Gläubiger nicht in eine unsichere Lage bringen, zumal zu vermuten ist, dass die Höhe der Strafe nicht allzu ungerechtfertigt gewesen ist, da sonst wohl der Schuldner nicht gutwillig die ganze Strafe bezahlt hätte. Wie aber verhält es sich, wenn der Schuldner erst einen Teil der Strafe bezahlt hat? Selbstverständlich kann auch hier nicht der Schuldner den gezahlten Teilbetrag zurückverlangen, wohl aber kann er noch eine Ermässigung der Strafe bis zum Betrage des gezahlten Teilbetrages herab fordern, denn hinsichtlich dieser darf der Richter seine Hilfe nicht versagen. Die Erwägungen nämlich, die für den Ausschluss der Rückforderung einer gezahlten Strafe massgebend waren und denselben rechtfertigen, greifen hier nicht Platz. Denn so lange

ein Gläubiger eine Forderung noch nicht erhalten hat, muss er immer mit der Möglichkeit rechnen, dass der Schuldner ihn im Stiche lässt. (Fuld a.a.O. S. 30 Anm. 9 schliesst die Herabsetzung aus, wenn teilweise Bezahlung der Strafe erfolgt ist, jedoch ohne seine Ansicht zu begründen.)

Damit eine Ermässigung der Strafe ausgeschlossen sein soll, muss die Entrichtung derselben natürlich mit dem Willen des Schuldners erfolgt sein; der Gläubiger kann daher z. B. nicht ohne Einwilligung des Schuldners seine Strafforderung mit einer Schuld kompensieren.

Wie wir schon im § 2 dieser Arbeit erwähnten, bestimmt Abs. 3 des § 343 B.G.B., um Umgehungen vorzubeugen, dass das Ermässigungsrecht auch eintreten soll, wenn jemand eine unverhältnismässig hohe Strafe für den Fall versprochen hat, dass er etwas thut oder unterlässt, ohne zu diesem Thun oder Unterlassen verpflichtet zu sein.

Zum Schluss sei noch die Frage erörtert, ob das richterliche Ermässigungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches das Handelsrecht beeinflussen wird.

Bekanntlich enthält das Handelsrecht im Art. 284 über die Vertragsstrafe nur 3 Sonderbestimmungen, die entgegenstehendes bürgerliches Recht ausser Wirksamkeit setzen. Soweit dagegen Art. 284 nichts bestimmt, kommt gemäss Art. 1 das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung. Art. 284 Abs. 1 bestimmt aber:

> Die Konventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages; sie kann das doppelte des Interresses übersteigen.

Der Code civil giebt aber im Art. 1231 dem Richter die Befugnis, im Falle teilweiser Erfüllung der Hauptverbindlichkeit die Vertragsstrafe zu ermässigen. Das Reichsgericht (cf. Bd. XXV S. 349) hat nun in Übereinstimmung mit dem früheren Reichs-Oberhandelsgericht mit Recht entschieden, dass der Art. 1231 des Code civil durch das Handelsgesetzbuch nicht aufgehoben sei, da auch der Code civil, wie das A.H.G.B. von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe ausgehe und im Art. 1231 nur eine besondere Bestimmung enthalte. Diese habe aber gemäss Art. 1 des A.H.G.B. Geltung.

Enthält nun § 343 B.G.B. nur eine besondere Bestimmung oder stellt es einen Grundsatz auf? U.E. ist letzteres anzunehmen;

denn das B.G.B. geht nicht etwa davon aus, dass grundsätzlich Vertragsfreiheit herschen soll, und dass der Richter die Strafe nur ermässigen darf, wenn die Erfüllung teilweise erfolgt ist, sondern es steht auf dem unbeschränkten Grundsatz, unverhältnismässig hohe Strafen sind nur bis zu dem angemessenen Betrag giltig. Da aber die Vertragsstrafe des A.H.G.B. auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruht, so kann das richterliche Ermässigungsrecht des B.G.B. im Gebiete des Handelsrechts keine Anwendung finden. So auch § 320 eines Entwurfs eines H.G.B.

Litteratur.

Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. Kassel 1892.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Pandekten. 3. Aufl. 1892.

Entscheidungen des Obertribunals.

Entscheidungen des Reichsgerichtes.

Entscheidungen des Reichsoberhandelgerichts.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 6. Aufl. 1892.

Fuld, Das Reichsgesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte. Leipzig 1894.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Greiff, Hildebrand's Jahrbücher für Nationalökonomie urd Statistik. Bd. 59, 60.

Hartmann, Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 73, S. 375 ff.

Jecklin, Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 38.

Landé, Das bürgerliche Gesetzbuch. I. Teil. Berlin 1896.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Neuenfeldt, Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundzweige nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885.

Pergament, Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zu einander. Berlin 1896.

Reatz, Die 2. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1894.

v. Savigny, Obligationenrecht.

v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe. Halle 1891.

Sjögren, Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.

Striethorst's Archiv für Rechtsfälle.

Verhandlungen des Königl. Landes-Ökonomie-Kollegiums über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und andere Gegenstände. Berlin 1896.

Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages.

Wendt, Rechtssatz und Dogma; Theorie und Praxis. Jahrbüsher für Dogmatik. Bd. XXII.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl.

Inhaltsverzeichnis.

Lebenslauf.

Ich, Paul, Oskar Deus, wurde am 7. Dezember 1868 zu Berlin geboren. Vom Oktober 1875 bis April 1890 besuchte ich das Humboldt- und Lessing-Gymnasium zu Berlin und das zu Gartz a. O. Auf letzterer Anstalt erhielt ich April 1890 das Zeugnis der Reife. Ich studierte sodann Jura, und zwar bis April 1893 zu Berlin, darauf bis Oktober 1893 zu Halle a. S. Im Oktober 1894 bestand ich zu Berlin die erste juristische Prüfung und wurde daraufhin zum Referendar im Bezirke des Königlichen Kammergerichts ernannt.

Während des 3. und 4. Semesters, vom 1. April 1891 bis 1. April 1892, genügte ich meiner militärischen Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger bei dem Garde-Füsilier-Regiment zu Berlin.

Ich hörte Vorlesungen bei folgenden Professoren: Pernice, Eck, v. Gneist, Dernburg, Hinschius, Hübler, Berner, Kohler, Aegidi, Brunner, Wagner, Goldschmidt, Fitting, Schollmeyer, v. Lisczt, Stammler, Conrad.

Allen diesen Herren, meinen hochverehrten Lehrern, sage ich an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank.

9/10

– kk

